

## 実体法(権)の基礎づけに関する

## 伊東教授の所説について

榊 原 豊

一、序 近時、伊東乾教授は、「原典による法学の歩み」(講談社昭四九年刊)(以下「法学の歩み」と略称する)、「弁論主義」(学陽書房昭五〇年刊)を發表され、その中で二つの問題を出された(とりわけ「法学の歩み」総説参照)。一つは、法は人格の要求ではないか、という点であり、もう一つは、法は法律家の専有物でなく、法は万人のものであるか、という点である(この二つの問題は、後述するところからもわかるように、つまるところ実体法(権)の基礎を何に求めるかという一つの問題に帰着する)。然るに今日の通説は、そのいずれも否定する。私達が、実体法(権)という場合、通常民法や商法などの実定実体法を想起するし、法律問題というと、直ちに専門家に相談するものと考えることがこのことを裏書きしている。そこで、伊東教授が、何故、法を通説のように考えないで、そのように捉えるべきことを主張されるのかを私なりに考えてみたいと考えて綴ったのが、以下のものである。

二、通説(以下の論述は、実体法解釈に関する通説的な考え方を模型化したものである。)は、実定私法を大前提とし、法文を顧慮し乍ら、相対立する当事者の利益状況の分析から利益の衡量を施して法(≡権利≡利益)を抽出する立場である。こうした立場では、当事者(権利者・義務者)は自分達のそれぞれの紛争事実さえ主張すればよく、裁判所は主張された紛争事実(この場合は、裁判所の事実認定によって確定された紛争事実のことをいう。)を実体私法に適用するわけであ

るが、実体私法の論理的な操作からだけでは妥当な法（＝権利）は生じないので、裁判所は法文を顧慮し乍ら、相対立する当事者の利益状況を分析して、両者の利益を比較衡量し、それを経た後、当該利害状況において何が社会的に妥当な判断か（目的論的解釈）を判断し（解釈者の主體的判断）、妥当な法（＝権利）を創出するというものである。この場合、権利者は、権利（＝利益）の享受者でこそあれ、自ら法の主張者であるという扱いを受けない（この立場でも、裸の利益の衡量は、素人によることを（解釈者の主體的判断という形で）認める立場がある。しかし、この立場に立っても、法の根拠が外在的要因に求められているため、後述するような意味での素人の法主張（法を一人一人の人間の意味づけの中に根拠を求める立場）は認めないように思う。）。法は、裁判所の知るところだからである（この点を明示する立場として、例えば石田穰「法解釈学の方法」一〇二頁参照。）。云い換えると、権利者は、法律について素人だからと云って、これを裁判所の専権事項とするものである。しかし、果してこのように権利者を法に関して被後見人扱いにしてよいのだろうか。成程、現行実定法の所謂法解釈に関しては権利者は素人なのかも知れない。しかし、元来権利というものは、権利者自身の問題として相手方ないし裁判所に対して自分の正当な主張を聴いて貰いたいとか、不正に対する異議の主張を聴いて貰いたいという人間の基本的な要求に基づくもの（これを教授は、人格権の要求といわれるものと思われる。）でなかったのか。そういう意味では、法は万人のもので、法律家の専有物ではないのでないか。これが伊東教授の問題提起の内容である。この対比からもわかるように通説が法という場合、実定実体法を念頭に置いているし（今日、実体法と云えば、裁判規範とするのが通説。その場合、念頭にあるのは実定実体法である（兼子一「実体法と訴訟法」五一頁―六頁参照。）、伊東教授が法という場合、実定実体法の背後にあって人の法感情に支えられ、当為規範となるべき実質的な意味の法（争いの状態になった時、自分にも相手方にもそうあるべきだと主張する当為規範のことをいう。）を考えておられる。そうすると、問題は、通説が伊東教授の云われる意味の法を問題にしないのは何故か。逆に云うと、伊東教授は何故こうした法を問題にされ

るのか、そのことを問う必要があるように思われる。

三、通説が、伊東教授の云われる意味の法を問題にしないのは何故か。問題が余りに大きい問題であるため、私には十分答えられないが、さしあたり次の理由が考えられるのではあるまいか。

第一に、後述するように伊東教授の云われる当為規範は何かということは、通説の云う法ほど一義的・明確でなく、紛争を効率的ないし能率的に処理するには伊東教授の云われる法の捉え方では適さないからである（逆に言えば、客観化の要求が通説のような法の捉え方と結びついている）。現代社会が「公平」に最高の価値を置くものである点を暫らく措くとしても、現代のように変化が激しい時代にあつては迅速性が要求され、更にこれが経済活動と結びついて、効率性ないし能率性が第一義的に要請される（教授自身は、分析主義、物質主義、能率主義の現代において通説的な捉え方が現実合っているからであると指摘されている。前掲「法学の歩み」二〇頁参照）。このように通説の立場は、現実即して、現実的な処理としては強い説得力を持っている。

第二に、現実的に事態をみれば、今日伊東教授の云われるような当為規範となるべきものを人が主体的に作るうとする姿勢は殆んど存在しないといつてよい（紛争の内容が複雑多様化し、伊東教授の云われる当為規範を人が作るうとしても、障害が多いことも見逃せない事情であろう。）からである。よく云われるように高度に発達した現代社会は、人をますます受働化させる傾向があるからである。<sup>①</sup>法について云えば、人は法律のことは万事専門家にお任せしますという態度になりやすいように思われる（こうした事実を前提にすれば、新訴訟物論者のいうように給付の訴では、単に相手方から給付を求めることに主たる関心事があるのであつて、それが実体法上どういった請求権に基づくものであるかは必らずしも問題にしないというのが通常であると云つてよい）。



法解釈学とは何か。一口でいうなら実定法を前提にし乍ら（実定法を前掲とするのは、現状を無視したユートピア的主張は夢想の宣伝であっても、法主張でないからである。「法学の歩み」一五頁参照。）、これを批判的に摂取し、権利者・義務者の具体的な生活場面（権利・義務の存否の争いとなっている場面）において実体法（各自の行為を規律する当為規範）とは何かを自分を通して（自分の法感情を支えとして）捉えることである。そういう解釈が何故必要か。そう解してこそはじめて前述した権利本来の在り方が充足されるからである。即ち、権利者自身が自分自身の問題として相手方ないし裁判所に対し自分の正当な云い分を訴えたいという人間の基本的な要求が充足されるからである。<sup>④</sup>

（注）② 村井実教授は、『人間の権利』（講談社現代新書）〈昭和三九年刊〉の中で次のように云われる。

『慣習や法律のおきてについても、「そうしか考えられない」かぎりそれはしたがうけれども、そう考えられなければ、それにしたがわないことがおこるかもしれないのです。

これは、行動の最高の規準を外からの權威にまかせるのではなくて、正義のはかりに訴えて求めようという、人間の道德的な意欲に由来するわけです。この意欲というのは、……人間のだれにも共通しているものです。人間が踏まれる足をもち、傷つけられる感情をもっているかぎり、はげしい訴となって現われないわけにいかないものです。』（以上前掲書八七頁参照。）

法（＝権利）は、元来紛争解決のための法技術というよりも、それ以前に人間の規範の問題（あるべき当為を履践すべしと要求する者と、される者も守るべきものとして）ではなかったのか。然るに、現今の通説は、規範と関りのない法技術の問題（法は、紛争解決のための準則としてしか捉えられていない。）としか考えていない。このように法の問題を人間の規範の問題として考えず、専ら法技術の問題としてしか考えないのは、法の問題を人の意識（正義感情や規範意識）から切離し、法を専ら法律専門家の技術の問題（所謂実定法に関する法解釈学の問題と考える。）としてしか考えないことに他

ならない。このように、一般人（実定法解釈に関しては素人である権利者・義務者）から法について発言を封じてしまうことは、何を意味するか。第一に、それは法が他から強制される力となることを意味する。法は、人が自ら主体的に規律する規範の問題と考えなければ、人はその場合、単に強制力の対象となってしまうであろう。そのことが人を人として扱うゆえん<sup>⑨</sup>か。伊東教授が、法は人そのものである（ジュリスト五八六号二頁「駕籠に乗る人」参照。）といわれるのはこの趣旨である。

（注）③ 法が社会制御のためのルールとなり一人一人の人間は単にそうした制御のための対象として扱われることを意味する。

云い換えれば、一人一人の人間が無きに等しいものとして扱われることを意味しないであろうか。その意味で、伊東教授の問題意識は、注①で紹介した森有正氏の問題意識と基本的に同じように思われる（両氏が、いわば一人一人の人間の復権を主張される点で）。

第二に、人の行動を規律する法および法制度の定立、およびその解釈を一握りの法律専門家に委ねることになってしまう。そのことは、一般人による法の実質的な滲透（紛争が解決された後、当事者が判決内容通りに権利義務を相互に尊重したり、規範内容を各人が自己のものとする<sup>⑩</sup>）が望めないばかりか、一般人による法の進化（従来の法の内容を当事者が批判的に摂取し、訴訟の場でそれを更によりよい内容にするよう当事者が働きかけること）は全く望めないであろう（しかし、本来なら問を発する一人一人の人間によって法の内実化がはかれるものでないか。それが、仮に既存の法を確認することに結果的になったとしても）。第三に、弁護士任せの訴訟を助長させ、権利者・義務者本人の意志に反した結果を強制されることもあるであろう。また、実体法の問題を規範の問題として考えず、実体権を利益として捉え、実体法の問題を専ら紛争解決のための法技術の問題（対立する利益を調整する技術）としてしか考えないのは、実体権（法）の問題が物質の

問題に解消され、私達が立場の相異を超えて承認し合う条件たる共感の場がないことではあるまいか。

このように考えると、法を紛争解決の技術として捉えるよりも、それ以前に法を人間の規範の問題として捉え、しかも、実体法（＝権）の基礎を実定実体法ないし利益衡量を経た後の目的論的解釈に求めるのではなく、人の権利主張（規範意識によって支えられた）の中に求める必要があるように思われる。<sup>④</sup>（伊東「弁論主義」六三頁参照。）

（注）④ 云い換えれば、法（実体法＝権）の終局的な根拠を外在的な要因に求めるのではなく、一人一人の人間の内在的な意味（自分を通して意味づけること）づけに（＝実体法の内実化）に求めることが必要であるように思われる。

そのためには、利益衡量論に立つ法解釈によるのではなく、権利者自身が実定実体法を批判的に摂取し乍ら、自分の生活場面の中から自ら正しいと考える権利主張（自分の規範意識を支えとして）を主張する権利者の態度を裁判所が尊重することが必要である。では、裁判所は、どのようにして客観的な法（＝権利）を宣言したらよいのだろうか。ここでは、未だ権利者の主観的な権利主張だけしか存しないからである。客観的な法の確立は、人と人との折衝を通じてしか生じない、と伊東教授は云われる。それは、ということだろうか。権利者の相手方である義務者も、また、実定実体法を批判的に摂取し乍ら、自己の生活場面（ここでは権利者との間で争いになっている生活場面のこと）の中から自己の正しいと考える主張を主張すれば（自己の規範意識を支えとして）、裁判所はそれを尊重することであり、裁判所は、こうした相対立する法主張をふまえて、この場合も、実定実体法を批判的に摂取し乍ら、当事者によって主張された紛争場面の中から何が正しい生活規範なのかを自分を通して宣言することである（裁判所を構成する各裁判官の純粋個人的な識見によって形成されることになるが、ただ私人のそれと異って）（公益を代表するため、第三者、社会および国家の利益が考慮されなければならないし、（二）専門家であり、且つ、国家機関であるため、成文、不文の法規と解釈法学の成果に拘束される。伊東「弁

論主義」八三頁参照)。その場合、裁判所は、当事者のいずれかの法主張をとり容れることもあれば、全くとり容れず、裁判所が独自の法判断に立つこともあろう。後者の場合、大切なことは、裁判所が当事者の法主張を克服しなければ、法による紛争解決をしたことにならないという認識を裁判所がもつことである。即ち、裁判所は、当事者による主観的正義の主張を自己の考える法判断とつき合わせて熟考し、道理によって自己の法判断(前述の生活規範についての法判断)の拠って立つゆえんを当事者に示す姿勢が必要である。そのことが、裁判所が当事者の法主張を尊重することだからであり、又、法(実体法||実体権)の内実化をはかる道であると考えからである。当事者が、なお裁判所の法判断に承服しない場合は、当事者は上訴で争えばよい。上訴裁判所は、当事者の法主張が真剣なものである限り、前述したのと同様の態度でこれに応じる必要がある。裁判所と当事者との相互の内省を経た批判を通じてしか客観的正義への発見の道はないからである。<sup>⑤</sup>

(注)⑤ 伊東教授は、正義の客観化の可能性は法意識の主体たる人間の本性中に与えられている(伊東「法学の歩み」一七頁参照)、と云われる。この点、私にとって森有正氏の次のような指摘が大変示唆的である。「経験に徹しようとする時、そこにあらわれてくるのは真の客観性・主体的には無私ともいえる精神である。自己の経験がある程度以上深めると必ず起ってくることは他の人間の経験との一致を期せずして知らされることである。」(森前掲書六〇頁)

通常の不服申立手段が尽きれば、判決は確定し、裁判所の法判断が拘束力(既判力)をもつことになる。これを認めなければ、事件の解決が得られないからである(この意味での裁判所の法判断の優越性は、訴訟制度の当然の前提となっている。伊東「弁論主義」八三頁参照)。以上の点からすると、客観的正義の発見は大変時間がかかり、手間のかかる方法だということになる。しかし、だからと云って一義的・明確な正義(例えば、その置かれた時代の、あるいは、社会の通



念や風潮などに法—正義の拠り所を求める法解釈論）に拠れば、それは他律的な正義に拠ることになり、人を物扱いにする道（一人一人の人間を法から疎外する道）などではあるまいか。必要なことは、一人一人の人間が純粹に自分一人に立帰って自分を通して何があるべき当為規範なのかを内省的に模索すること、それによってしか客觀的正義への発見の道はないという認識に立つことであるように思われる。

五、以上が、伊東教授の「法学の歩み」及び、「弁論主義」から私が曲りなりにも読みとった通説批判（とりわけ実体法（—権）の基礎づけに関する）の内容である。

今日の民事訴訟法学の支配的傾向は、実体法を技術視し、訴訟法理論を実体法から切離し、訴訟制度の独自の要請によって構成しようとする。こうした傾向は、成程現実的要請（例えば、紛争解決の実効性をはかるという要請）のもとに生まれたもので、強い説得力をもつものである。しかし、果してそれだけでよいものだろうか。少なくとも、現在の支配的傾向は、一人一人の人間が自分の足で立って権利主張することの出来る訴訟手続の大切さを意識的にか、無意識的にか軽視せんとする姿勢であることだけは確かであるように思われる。（思うに、私人間の紛争には大まかに分けて二つの態様があるように思われる。一つは、紛争の当事者が解決の結果たる果実（給付訴訟でいうなら「相手方から給付を得ること」）のみを欲して争っている場合であり、もう一つは、紛争の当事者が何が正当な云い分かをめぐって争っている場合である。前者については、現在の支配説が説く訴訟理論が当てはまるが、後者については、本文で述べた一人一人の人間が自分の足で立って権利主張することの出来る訴訟手続（理論）が必要であるように思われる。そして、本来の訴訟—（法による紛争の解決制度）—というのは、後者のことのように思われる。この点は、立論の趣旨を深める必要があると思われるが、一応現在私の考えているところを述べるものである。問題は、法による紛争解決とは何かの理解に関わる問題である）。

六、以上の立論について、問題は多くある。第一に、ここで伊東教授が提起された実体権の基礎となるものは何か

という問題は、余り大きな問題であるため、私自身あれこれ疑問が生じ、論じることの出来なかった問題は多くある。これらの点は、今後の課題としたいと考えている。ただ云えることは、伊東教授の指摘されるように現状の法学が高度に専門化され、一般人が法に近づきたいものとなっているのは確かである。そのため、一般人は勿論のこと、私のような法律学徒さえも、法に関し素朴な疑問が出し難く（例えば、言葉によって人を促すということが、原理的には法の本来的な姿なのではないのか、言葉が法の生命なのに法が法技術に置き換えられ、法が力に変わる（―ということの意味は、本稿六頁参照―）時、実は、法の実現といっても暴力（言葉に対峙する意味での）による人への強制でないのか、といった素朴な疑問を私は持っているが、こうした疑問が正当な疑問なのかどうか不勉強もあって自分で確かめ難く、恐らくは見当違いだろうと思つてそうした疑問を人に尋ねたこともないというように）、あたかも法は法律専門家の専有物の如き観を呈している。しかし、今必要なのは、こうした基本問題についての何事にも捉われない自由な議論ではないだろうか（法は社会制御のためのルールだとする考え方は、決して自明の真理でないのに、いつしかそれが法律学説の支配的見解となり、それ以外に考えられないとなると、成程、そうした法律学説は精緻なものになろうが、死んだものになりはしないか。何よりも、私達一人一人の素朴な疑問から発せられる問こそが、法律学を学ぶことを生き生きしたものにするもののように思う）。この点について、私自身果してどの程度為し得たものか甚だ心許ない次第であるが（伊東教授の考え方を私なりに追思考したに過ぎぬことは卒直に認めなければならぬ）、このような形で伊東教授の問題提起を私なりに客観化したものである。第二に、実体権の基礎を何に求めるかという原理的な問題につき、抽象的な論旨を述べただけで、具体点な立論―とりわけ実体法的な解釈論―の裏づけがないこと、第三に主観的な正義を基礎にしてどのように客観的正義を確立するか（近時、伊東教授は、「学ぶということ」という講演の中で（三田評論一九七八年六月号所収）、この点について次のように述べられている。「……真理は人間が探究する真理であり、人間のための真理であります。人間のための真理というものが、人の頭だけで理解できるはずはありません。人は頭

だけが生きているのではない。やはり人が全体として全身全霊をもってぶつかった時に、そこに初めて人間のための真理というものが見えられなくてはならない。その真理が客観的な姿で存在するものの他に、主観的な姿で存在するということはあるのか。主観的なことも言い切れず、客観的なことも言い切れず、そのほかの形で存在するということはあり得ないのか、これはまだ未定のことです。……」(前掲書二九頁参照)。私自身暗中模索の状態であることなど、未解決の問題ばかりである。そういう意味では、問題の多い立論ではあるが、とりあえず覚え書きの形で伊東教授の「法学の歩み」・「弁論主義」から示唆された点を私なりに文章化し、今後具体的な問題を考える場合の自らへの指針となれば考え(この覚え書きで考えたことも、具体的な問題を考える過程で修正することがあれば、修正し乍ら、こうした問題意識を深められたらよいと考えている)、この小稿を草した次第である。(一九七八・十・二〇)

尚、伊東乾編著「原典による法学の歩み」については、原秀男教授の紹介と批評(法学研究四八巻五号五二五頁)がある。